

上外法律评论



王 静 主编

■ (第1卷) ■ SISU LAW REVIEW

上海三联书店

王静 主编

上外法律评论



■ (第1卷) ■ SISU LAW REVIEW

上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

上外法律评论. 第1卷/王静主编. —上海:上海三联书店,
2014. 12

ISBN 978-7-5426-5034-4

I. ①上… II. ①王… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 298734 号

上外法律评论(第1卷)

主 编 / 王 静

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 王天一

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路4855号2座10楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 24175971

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2014年12月第1版

印 次 / 2014年12月第1次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 260千字

印 张 / 18.75

书 号 / ISBN 978-7-5426-5034-4/D·276

定 价 / 39.00元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66019858

《上外法律评论》

2014 年第 1 卷

主 编：王 静

编 委 会：王 静 张海斌 王海镇

谢晓河 朱兆敏 闫卫军

孙宇伟

执行主编：张海斌

执行编辑：王伟臣

目 录

法律理论与部门法

王伟臣:法律文化的翻译之困 ——以人类学的一场争论为例	3
马海蓉:论非常夫妻财产制在我国婚姻法体系的构建 ——兼论《婚姻法司法解释(三)》第4条的定性	27
刘海虹:美国数字音乐版权许可制度的发展及其对我国的启示	43
王海镇:日本主张钓鱼岛主权的法律依据分析	58
闫卫军:从马瑞瓦禁令制度的产生与发展看英国法中的 因循先例主义原则——兼论我国的诉讼保全制度	76
蔡嘉伟:国民待遇与上海自由贸易区和世界贸易体制	100
朱兆敏:论反击碳减排单边主义的利器——历史责任碳税	136
张海斌:古代司法与现代司法——关于“法官后语”之省思	150

法律与政治

王 静:伊拉克战争与公众参与中国中东外交政策制定	163
蒋 灏:文明集结的动力及其局限	183
张 磊:管制研究的思想脉络:概念、路径与理论	194
杜 峰:20世纪90年代美日同盟的调整及影响	219
沈秋欢:进攻性现实主义的价值观及中国外交战略的应对	235

法律与语言

谢晓河：判决书的叙事修辞分析	251
陈舜婷：从海德格尔“闲言”说开去 ——语言和对世界的误解	281
张守进：英语外来词中的希腊语词源初探	289

法律理论与部门法

法律文化的翻译之困

——以人类学的一场争论为例^{*}

王伟臣^{**}

摘 要 “法律文化的翻译”是研究异文化法律制度必须要解决的前提问题。法律人类学曾经为此展开过一场争论。争论的当事人之所以是格卢克曼和博安南,是因为这两位人类学家都曾经出版过以直接观察的案例材料为基础写就的法律民族志。在格卢克曼看来,非洲土著法律与西方法律相比共性大于差异,所以当然可以翻译。但是博安南却认为,包括格卢克曼在内的很多人类学家错误地将自身社会的民俗体系转换成分析体系,结果便是造成了非洲法与西方法之间的盲目对照,而实际上某些特殊的法律文化是无法进行翻译的。二者在法律文化翻译问题上的争论首先体现的是方法论上的区别。而这场争论在本质上体现了一个认识论的问题,即怎样理解他者的法律。共性大于差异,还是差异大于共性?普遍和特殊,是个永恒的难题。

关键词 法律文化;翻译;法律人类学;格卢克曼;博安南

众所周知,法律文化并没有一个统一的概念,可以把它理解成为

^{*} 本文系华东政法大学第六期“博士毕业生后续学术发展支持计划”的研究成果。

^{**} 王伟臣,上海外国语大学法学院讲师,研究方向为比较法、法律史。

法律观念,或是法律传统,亦或法律意识,^①但无论怎样解释,法律文化的概念都是由“法律”与“文化”两个词语组成的,这也意味着法律文化并不等同于法律制度,它首先是一种文化。“一种文化的法律源自某一民族之物质和精神生活。”^②不同的民族,不同的文化,由于作为其意义符号的文字不同,其法律观念、传统、意识也有着显著的区别。那么不同的法律文化之间是否可以翻译呢?这个疑问,在法律全球化的今天,在法学特别是比较法学看来,似乎并不是一个问题。原因可能是因为,比较法学家们将比较的注意力集中于那些拥有成文法的社会。但是当我们将比较的范围扩展到那些没有成文法,甚至没有文字的社会时,“法律文化能否翻译”就成了研究异文化法律制度必须要解决的前提问题。曾经以异文化为专门研究对象的人类学,在上世纪中叶试图帮助法学对这一问题做出解答,由此也引发了一场旷日持久的争论。

一、争论的缘起

1955年,英国人类学家马克斯·格卢克曼(Max Gluckman)出版了他的首部法律民族志——《北罗得西亚巴罗策人的司法程序》(以下简称“《司法程序》”),^③试图证明非洲本土的巴罗策习惯法与西方法律相比共性大于差异。虽然由于社会政治经济背景的不同它们的外在表现有所差异,但是基本的法律逻辑却是一致的。两年之后,美国人类学家保罗·博安南(Paul Bohannan)提出相反观点,在他所出版的《提夫人的正义与审判》(以下简称“《正义审判》”)^④中认为,尼日利亚提夫人的“法律”与英美法相比存在着较大差异,所以他强调要从当地人的视角来理解当地人的法律,主张放弃英美法律范畴,大量使

① 参见高鸿钧:《法律文化的语义、语境及其中国问题》,载《中国法学》2007年第4期,第25—26页。

② [德]伯恩哈德·格罗斯菲德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社2002年版,第69页。

③ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955.

④ Paul Bohannan, *Justice and Judgment among the Tiv*, Oxford University Press, 1957.

用该族人自用的术语。他区分“民俗体系”(Folk System)与“分析体系”(Analytical System)^①：西方法学固然发达，但它仍然是一种“民俗体系”，如果无视这一点，而把它当作“分析体系”来运用，势必导致研究对象的曲解，从而陷入我族中心主义(Ethnocentrism)，将矛头直指格卢克曼。^② 格卢克曼随即进行了反击，博安南也不甘示弱，双方你来我往，争论由此揭开。虽然格卢克曼的著作发表在前，但争论却由博安南挑起，那么他为何要将矛头指向前者呢？

(一) 选择的标准

实际上，在 20 世纪 50 年代中期，除了格卢克曼之外，英美法律人类界还有一批学者如詹姆斯·安德森(James Anderson)、阿诺尔德·爱泼斯坦(Arnold Epstein)、保罗·豪厄尔(Paul Howell)也都纷纷出版了各自的法律民族志。^③ 如果说这几位都是名不见经传的学者，那么阿德姆森·霍贝尔(E. Adamson Hoebel)在法律人类学界可谓赫赫有名了。早在 1941 年，霍贝尔就与著名法学家卡尔·卢埃林合作完成了《夏延人的方式》(The Cheyenne Way)。在这部作品中，霍贝尔借由卢埃林的启发，将英美法的案例研究通过人类学的田野调查进一步发展成为个案研究分析方法，成为此后这一领域的标准方法。^④

① 1988 年，台湾大学的林端教授率先将“Folk System”和“Analytical System”分别译为“土著的体系”和“分析的体系”。5 年之后，梁治平教授同样把“Analytical System”译为“分析体系”，但是却把“Folk System”译为“民俗体系”。考虑到博安南的“Folk System”同样可以指代英国本土的法律制度，所以本文采纳后者的译法。参见林端：《法律人类学简介》，载林端：《儒家伦理与法律文化：社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 28—29 页；梁治平：《法律的文化解释》，载梁治平主编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 21 页。

② 参见梁治平：《法律的文化解释》，载梁治平主编：《法律的文化解释》，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 21 页。

③ James N. D. Anderson, *Islamic Law in Africa*, Colonial Research Publication, 1954; Arnold Leonard Epstein, *Juridical Techniques and The Judicial Process: A Study in African Customary Law*, Manchester University Press, 1954; Paul Philip Howell, *A Manual of Nuer Law: Being an Account of Customary Law, its Evolution and Development in the Courts Established by the Sudan Government*, Negro Universities Press, 1954.

④ Francis G. Snyder, “Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction”, *British Journal of Law & Society*, Vol. 8, 1981, p. 143.

有学者将其称之为“当代人类学法学研究的一个开端”。^①而就在1955年,霍贝尔又出版了一部法律人类学的专著——《原始人的法》。巧合的是,这部作品几乎和格卢克曼的《司法程序》同时出版。英国法学家阿瑟·戴蒙德(Arthur Diamond)在一篇书评中写道,“几个星期内,出版了两部关于原始法律的研究成果,一部是《原始人的法》,一部是《司法程序》”。^②所以这两部著作几乎是同时呈现在博安南的面前。那么为什么博安南会将批评的矛头指向格卢克曼,而不是在法律人类学更具名气的霍贝尔呢?

在汉语学界,《原始人的法》可能是霍贝尔最有名的一部著作,其知名度要远远大于《夏延人的方式》。但汉语学界对西方法律人类学的认识往往存在着断裂和误读。1955年出版的《原始人的法》实际上是一部过时的作品。除了政治人类学家琼·维森特(Joan Vincent)独辟蹊径地认为“《原始人的法》的出版标志着这一学科(法律人类学)真正确立”^③之外,法律人类学界内部并没有把这本书列入经典著作的行列。^④13年前,霍贝尔在奠定其学术地位的《夏延人的方式》中,受卢埃林的启发并与之合作将英美法学中的案例研究引入法律人类学,从此成为这一领域的标准研究方法。但在这部《原始人的法》中,他却没有使用该方法。原因很简单,因为他的资料并非来自亲身的田野调查。他在这部书中所逐一分析的爱斯基摩人、伊富高人(Ifugao)、科曼切人(Comanches)、凯欧瓦人(Kiowa)、特罗布里安德人(Trobrador)

① P. H. Gulliver, “Introduction for Case Studies of Law in Non-Western Societies”, in Laura Nader ed., *Law in Culture and Society*, University of California Press, 1969, p. 11.

② A. S. Diamond, “Review: The Law of Primitive Man—A Study in Comparative Legal Dynamics and The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 5, No. 4, 1956, p. 624.

③ Joan Vincent, *Anthropology and Politics: Visions, Traditions, and Trends*, University of Arizona Press, 1990, p. 307.

④ Robert M. Hayden, “Review: Rules, Processes, and Interpretations; Geertz, Comaroff, and Roberts”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 9, No. 2, 1984, pp. 469 - 470; Chris Fuller, “Legal Anthropology, Legal Pluralism and Legal Thought”, *Anthropology Today*, Vol. 10, No. 3, 1994, p. 9.

和阿散蒂人(Ashanti),除了科曼切人之外,其他民族的资料都是二手的。

(二) 格卢克曼的开创性

实际上,《夏延人的方式》所使用的案例材料也并非来自霍贝尔的亲眼所见,而是一些夏延族的老人根据回忆所口述的案例,纳德(Laura Nader)和哈里·托德(Harry Todd)将它们称为“记忆中的个案”。^①与之相比,格卢克曼在27个月田野调查的基础上写就的《司法程序》在研究方法上无疑是一个巨大的进步,霍贝尔也毫不吝啬地将其评价为“英语世界第一部使用个案调查方法进行的对原始法的研究”。^②或者更为准确地说,应该是“第一部在对一个非西方社会群体的有关司法推理的案例观察的基础上而进行的人类学分析”。^③正是在这一点上,萨利·福尔克·穆尔(Sally Falk Moore)把格卢克曼称为“20世纪中期以后法律和人类学研究中最重要学者”。^④所以,她在《革命尚未成功:法律人类学不平静的50年,1949—1999》那篇著名的论文中,对法律人类学的回顾直接从格卢克曼开始。^⑤

① Laura Nader and Harry F. Todd ed., *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, Columbia University Press, 1978, p. 5.

② E. Adamson Hoebel, “Review: The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 23, No. 3, 1956, p. 546. 关于格卢克曼较之霍贝尔的突破,还可以参见 James G. March, “Sociological Jurisprudence Revisited, A Review (More or Less) of Max Gluckman”, *Stanford Law Review*, Vol. 8, No. 3, 1956, pp. 500 - 502.

③ Francis G. Snyder, “Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction”, *British Journal of Law & Society*, Vol. 8, 1981, p. 143. 这种开创性评价,还可以参见 A. L. Goodhart, “Foreword”, in Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xiv; E. Adamson Hoebel, “Review: The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 23, No. 3, 1956, p. 546; Sally Falk Moore, “Law and Anthropology”, *Biennial Review of Anthropology*, Vol. 6, 1969, p. 263.

④ Sally Falk Moore, “Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949 - 1999”, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 7, 2001, p. 97.

⑤ Sally Falk Moore, “Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949 - 1999”, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 7, 2001, p. 97.

如果说《司法程序》是第一部以直接观察的案例材料为基础写就的法律民族志,那么《正义审判》就是第二部。这是博安南最终选择将格卢克曼作为批评对象的重要原因。不过,必须要指出的是,虽然博安南有着对格卢克曼学术地位的考量,但他并非有意借格卢克曼上位。根据两人此后争论的过程来看,他根本没有想到格卢克曼会向他发起猛烈的回击。

二、争论的内容

从1955年格卢克曼《司法程序》的整本专著到1989年博安南《正义审判》第三版的序言,不论性质用途、篇幅大小、字数多少,格博之争一共涉及了整整20篇文献。其中,格卢克曼贡献了3本专著,8篇论文(包括序言和新增章节),博安南虽然只有1本专著,但是同样发表了8篇论文(包括序言)。通过这些文献,两位人类学家关于法律文化能否以及怎样翻译的问题进行了详细、全面而且极具针对性的讨论和争辩。由于篇幅的限制,本文不便对其所有作品做系统性的展示,因而此处就以各自的代表作即《司法程序》和《正义审判》为例,展示格卢克曼和博安南的主要观点。

(一) 格卢克曼:法律文化可以翻译

1. 翻译的前提:共性大于差异

格卢克曼一个总体的观点就是,即使将发达工业社会与前工业无文字社会进行对比,它们之间的法律文化也是可以翻译的。这一观点从1955年《司法程序》的出版,到1973年该书第三版的问世从未发生过改变。而立场之所以如此坚定,主要原因是因为,在他看来,赞比亚巴罗策的习惯法和西方法律相比,共性远大于差异:巴罗策法官们在司法审判中同样会援引法规、判例、社会习俗、自然法以及衡平的观念,在法庭质证时也通过关联性、真实性、合法性等标准采纳双方的证词。

不仅如此,格卢克曼还敏锐地发现,巴罗策法官还有着与西方同行们相似的司法推理,即理性人标准。作为第一部基于真实的案例观察而写就的法律民族志,全书共包括了58篇命名并编号的个案报告

及分析,有的案例甚至长达数十页。凭借这些丰富的案例材料,格卢克曼自信地将此书命名为《北罗得西亚巴罗策人的司法程序》。可司法过程对格卢克曼而言,仍然只是一些未加工的材料而已,他的最终目的在于寻找那些更具规律性的法律规则,比如“理性人标准”。

理性人标准首次确立于 1837 年,^①在英国的法律实践中,是法官据以确定行为人是否违反了注意义务或者说有无过失的最重要的判断标准。格卢克曼认为巴罗策法官同样适用该标准,“这或许是格卢克曼在人类学领域最为知名的学术观点”。^②他观察到,在洛兹法庭上,最重要的证据是要抓住对方是否有偏离或违反习俗规范的行为。而习俗和规范在确定性上却有所不同:一些习俗规定的都很明确,因而一般来讲可以清楚地判断某人是否遵守某项习俗。但是大多数行为规范规定的都比较笼统:“你的父亲”,“尊敬你村里的头人”,“善待你的妻子”,“要不偏不倚地裁断你的家庭纠纷”。在日常生活中,人们应当遵守这些规范。这些规范在实践履行中有不同程度和方式上的区别,因而法官需要一个判断标准,即“理性的和常规的人及其应作的行为”。^③

格卢克曼总结道:“理性人在所有发达法律体系中都被视为一个核心问题,但从来都没有人注意过它是否同样存在于较为简单的法律体系之中。我在巴罗策和祖鲁(Zulu)的经历使我可以斗胆宣称,在这些法律体系中‘理性人’具有同等的重要意义。”^④既然共性大于差异,法律文化为何不可翻译呢?

2. 翻译的工具:《牛津简明英语词典》

既然可以翻译,那么具体而言,使用何种法律语言进行翻译呢?

① 参见张民安:《现代过错侵权责任制度研究》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 286 页。

② John M. Conley and William M. O'Barr, "A Classic in Spite of Itself: The Cheyenne Way and the Case Method in Legal Anthropology", *Law and Social Inquiry*, Vol. 29, 2004, p. 210.

③ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. 83.

④ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. 83.

西方的法律体系、术语范畴？格卢克曼在这一点还是比较清醒的。巴罗策习惯法与西方法律共性大于差异，但不代表二者完全相同。在用英语对巴罗策习惯法进行描述和分析时，西方整套的法律理论可能并不合适。格卢克曼在《司法程序》前言的开篇明确指出：“在分析非洲法律问题时所使用的术语和概念，已经被法学家们操演了 2000 多年，因而研究者必须对那些法学家的研究成果给予足够的重视。”^①但是他又表示：“然而，为了保证我讨论的清晰性，我基本上没有参考他们（法学家）的作品。我既没有卷入对一些术语意义的复杂讨论之中，也没有考虑此处我的定义能否涵盖其他体系的法律事实。”

格卢克曼没有参考法学家的作品，并不是因为他不懂法学。他在前言中使用了很大的篇幅介绍了自己的法学背景，^②比如法律世家出身、在南非金山大学(Witwatersrand University)接受到过正规的法学培训等等。而且他还特别强调：“（我以前的）这些研究都源自罗马-荷兰法和罗马法，英语法学家们会发现本书对洛兹法的一个潜在的比较对象是南非法。”^③而南非法虽然滥觞于罗马-荷兰法，但经过英国殖民者自 1820 年代以后的改造至格卢克曼大学时期已经初步具备了混合法系的特征。^④

总而言之，格卢克曼介绍这些内容就在于强调，没有参考法学家的作品，不是无知，而是有意。正是因为了解西方法学，他才认识到了专业英语法学概念的局限性。所以他认为：“我尝试使用的这些术语适当顾及了它们在比较法学中的固定用法，但是对于总体性分析而言，我发现最好的方法还是遵照 1951 年版《牛津简明英语词典》所提

① Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xix.

② Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xx.

③ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xix.

④ 参见[南非]科尼利厄斯·G. 凡·德尔·马尔维：《大陆法系与普通法系在南非与苏格兰的融合》，翟寅生译，载《清华法律评论》2009 年第 1 期，第 82—85 页。

供的含义来使用这些最常用的术语(法律、权利、义务,等等)。”^①因此“习惯”是指“惯常行为”。“衡平”是指“公正;寻求正义之原则来修正或者补充法律”,而不是那个更专业的法律含义:“与普通法和制定法并存且优先适用的法律体系”。“自然法”或“自然正义”基于“内在的道德感”,后者可以解释为一种社会良知。“而《牛津简明英语词典》中没有的那些专业术语,我都采取了‘指涉’(Referent)的方法,即用一个词汇来指代一件事情或观念。”^②

格卢克曼不忘再次强调使用《牛津简明英语词典》并不是因为他不懂法学:“某种程度上这很像懦夫所为,公然回避法学家们那些高度专业化的学识和争论。然而,我希望我的分析能够证明,我关于非洲法律的写作并没有完全忽略那些博大精深的法学知识,而且也并没有忽视对案例记录以及历史法学的研究。”^③应当说,曾经所接受的西方法学训练,与在巴罗策的亲眼所见形成了鲜明的对比,使格卢克曼在一定程度上注意到了洛兹的特殊性以及西方法学概念的有限性。在格卢克曼看来,《牛津简明英语词典》并没有受到英美法学的“熏陶”,它对很多概念的解释都具有普适性;巴罗策人的法院似乎也是一个真正的土生土长的机构:“这一(纠纷解决的)复杂程序所包含的推理模式在洛兹制度和思想中体现的如此深入,以至于我认为本书的整个分析都在于强调其固有的存在。没有任何证据表明洛兹曾经受到过英国法庭的影响。”^④所以,《牛津简明英语词典》便是翻译/研究巴罗策法律文化的最佳工具。

3. 翻译的案例:“法”和“法律”

那么具体而言,格卢克曼是怎样使用《牛津简明英语词典》进行翻

① Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xx.

② Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xx.

③ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. xx.

④ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press, 1955, p. 33.